Die Nebenleistungs-GmbH als Kartellform

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Rees
Referendar aus Karlsruhe/B.

Approbiert am 20. Dezember 1935

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1936

1936/115

Referent: Univ.-Professor Dr. L i e r m a n n.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite:

A. Allgemeiner Teil.

I. Die Unternehmerverbände 5
II. Die Kartellgesetzgebung 6
III. Die Kartelle und der heutige Staat 7
IV. Rechtsformen der Kartelle 7

B. Besonderer Teil.

I. Die rechtliche Struktur der Nebenleistungs-GmbH. 11
a) Vor Erscheinen der Kartell-Verordnung . . 12
b) Nach Erscheinen der KV. Ansicht des Kartellgerichts 14
c) Ansicht des Reichsgerichts 18
II. Abgrenzung der Nebenleistungs-GmbH von der Doppelgesellschaft. 21
III. Inhalt des Vertrags, Rechte und Pflichten der Mitglieder 23
IV. Nichtigkeit, Anfechtbarkeit 26
V. Wirkung der Kündigung 27
VI. Ausschluß aus dem Kartell 31
VII. Abtretung des Geschäftsanteils 32
VIII. Konkurs eines Kartellmitglieds 33
IX. Wirkung des Zwangskartellgesetzes auf die Nebenleistungs-GmbH 35
X. Umwandlung der Kartell-GmbH 36

Literaturverzeichnis.

Aschoff: Die Rechtsnatur des Lieferungsvertrags 1930.
Blum: Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts 1925.
Brodmann: GmbH-Gesetz 2. Aufl. 1930.
Buchholz: Die Nebenleistungspflichten bei der GmbH. IheringsJahrbücher Bd. 74
Callmann: Deutsches Kartellrecht 1934.
Curtius: JW 1924.
Feine: Die GmbH. Ehrenbergs Handbuch Bd. III, 3. 1929.
Flechtheim: Die rechtliche Organisation der Kartelle 2. Aufl. 1923.
— Kündigung eines Kartells in Form der Nebenleistungs-GmbH. Kartellrundschau 1927 S. 57.
Friedländer: Kartellaufsichtsgesetz 1924.
— Konzernrecht 1927.
Geiler: Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB 1932 Teil III.
— Organisationsformen des Wirtschaftslebens 2. Aufl. 1922.
— JW 1930 S. 2920.
Giehler: Rechtsfolgen des Konkurses eines Syndikatsmitglieds. KartellRundschau 1931 S. 625.
Goldmann: Die Kartellverordnung, JW 1924, S. 113.
Hachenburg: Kommentar zum GmbH-Gesetz (H.-Bing-Schmidt) 5. Aufl. 1926.
— Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch Bd. III Teil 3. 2. Lieferung: Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und die Steuererleichterungen 1935.
Haußmann-Hollaender: Die Kartellverordnung 1925.
Heilbrunn: Der Kartellgenosse im Konkurs. Diss. 1934.
Isay: Isay-Tschierschky, die Kartellverordnung 1930.
— Studien zum privaten und öffentlichen Recht 1922.
Jacusiel: Ein Jahr Kartellgericht. Leipziger Zeitschrift 1924 S. 670.
Kaufmann: Sächsisches Archiv 1912 S. 409.
Kisselstein: Die Kündigung der Kartell-GmbH nach § 8 KV. Kartellrundschau 1928 S. 274.
Klinger: Die Rechtsprechung des Kartellgerichts 1930.
Krause: Die Kartellkündigung 1931.
Lehmann: Zur Reform des Kartellrechts. DJZ 1934 S. 1187.
Lehnich: Zschr. der Akademie für Deutsches Recht S. 201.
Lehnich-Fischer: Das Kartellgesetz 1924.
Liebmann: Kommentar zum GmbH-Gesetz 1921.
Liefmann: Kartelle, Konzerne, Trusts. 1930.
Loewenberg: Kartellorganisation und Kündigung. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 89.
Lucas: Kartell und GmbH. DJZ 1924 S. 425.
— Die Kartellverordnung und das ungeschriebene Kartellrecht, DJZ 1925 S. 42.
— Kartellvertrag und Kartellorganisation. Kartellrundschau 1927 S. 4.
Müllensiefen: Von der Kartellpolitik zur Marktordnung und Preisüberwachung 1935.
Müllensiefen-Dörinkel: Das neue Kartell-Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht 1935.
Reimer: Konkurs eines Mitglieds d. Einheits-GmbH, Kartellrundschau1931 S. 426.
Rieß: Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. In Ehrenbergs Handbuch 1922 Teil III 2.
Roth: Das individualrechtliche und des kollektive Organisationsprinzip im Recht der AG u. GmbH. Leipziger Zeitschrift 1912 S. 266.
— JW 1930 S. 2685.
Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts. Jahrgang 1924.
Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz 1928.
— Der Austritt aus der GmbH, Rundschau für GmbH 1931.
Schröter: Der Rücktritt vom Kartell 1927.
Tschierschky: Zeitschrift f. Konkurs und Treuhandwesen 1927 S. 145: Die Bedeutung des Konkurses für das Kartellwesen.

A. Allgemeiner Teil.

I. Die Unternehmerverbände.

Kartelle sind eine Erscheinungsform des Wirtschaftslebens der letzten fünfzig Jahre. Der Grundsatz der liberalen Wirtschaft im 19. Jahrhundert vom freien Spiel der Kräfte hatte sich schon früh als Utopie erwiesen, eine Wirtschaft ohne jede Bindung war unmöglich. Abgesehen von Abwehrmaßnahmen gegen die ausländische Konkurrenz in Form von Schutzzöllen, ließ sich auch innerhalb der Zollgrenzen eine vollkommen freie Wirtschaft nicht verwirklichen. Soziale Gegensätze führten zwangsläufig zu Koalitionen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Den Verbänden der Produzenten entstanden als Gegner die Vereinigungen der Konsumenten.

Die Aufgaben der Unternehmerverbände liegen in der Aufrechterhaltung und Stärkung der Betriebe, in der Erzielung einer möglichst hohen Rentabilität durch Stabilhaltung der Preise und Ausschaltung unterbietender Konkurrenz, kurz in der größtmöglichsten Wirtschaftlichkeit.

Man unterscheidet zwei Arten dieser Wirtschaftsverbände: Solche bei denen der Unternehmer selbständig bleibt, und nur seine Tätigkeit mehr oder weniger eingeschränkt wird, und andererseits Zusammenschlüsse in betrieblicher und finanzieller Hinsicht, wobei aber die Selbständigkeit verloren geht. Erscheinungen der ersteren Art sind die Kartelle, die anderen nennt man Konzerne und Trusts. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal dieser Zusammenschlüsse vom Kartell ist also die fehlende Selbständigkeit des einzelnen Unternehmers gegenüber dem übergeordneten Verband [1]).

Etwas schwieriger ist die Unterscheidung zwischen Kartell und Interessengemeinschaft. Die Interessengemeinschaft ist im allgemeinen eine Gewinngemeinschaft. Die Unternehmer bleiben selbständig, sie schließen sich vertraglich zusammen; die Gewinne werden zusammengeworfen und nach einer bestimmten Quote verteilt. Es handelt sich bei dieser Maßnahme wie auch beim Kartell um eine befriedende Regelung, möglichst auch eine Ausschaltung der Konkurrenz. Dieselben Aufgaben kann auch das Gewinnverteilungskartell haben. Der Unterschied zur IG liegt in der monopolistischen Tendenz des Kartells, die bei der IG fehlt [2]).

[1]) Geiler i. Düringer-Hachenburg Anm. 373.
[2]) Geiler Anm. 442, Isay-Tschierschky S. 135, Friedländer S. 223.

II. Die Kartellgesetzgebung.

Die Gesetzgebung befaßte sich erst spät mit dem Kartellrecht. Schon vor der Kartellverordnung von 1923 war das Kartell eine bekannte Erscheinung auf juristischem Gebiet; die Rechtswissenschaft hatte vor allem die Aufgabe, Rechtssätze herauszuarbeiten, die für alle Kartelle galten, obschon diese sich in die verschiedensten Rechtsformen kleideten und dementsprechend den verschiedenen Gesetzen unterworfen waren (BGB, HGB, Genossenschaftsgesetz, GmbH-Gesetz).

Einen Fortschritt bedeutete der Erlaß der Kartellverordnung. Das Kartell war damit rechtlich anerkannt. Es galt nun, eine Uebereinstimmung zu finden zwischen dem bisherigen Kartellrecht, das in der Hauptsache Organisationsrecht war, und dem neuen, den Kartellinhalt betreffenden Gesetz.

Eine Klärung bedurfte zunächst das Problem des Kartellbegriffs. Bis jetzt hatte man sich mit der Kartelldefinition von Liefmann begnügt. Diese lautet: „Kartelle sind freie Vereinbarungen oder Verbände zwischen selbständig bleibenden Unternehmern derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beeinflussung des Marktes“ [3]). Trotzdem andere Definitionen aufkamen, blieb die Liefmannsche Formulierung die herrschende. Zwar wurde sie in Einzelheiten angegriffen, so z. B. ob monopolistische Beherrschung des Marktes ein notwendiges Kennzeichen sei [4]), aber im ganzen begnügte sich die Rechtswissenschaft mit der Uebernahme der wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe und verzichtete auf eigene. Nachdem aber zum erstenmal in einem Gesetz der Begriff des Kartells verwendet worden war, konnte die Streitfrage auftauchen, ob der im allgemeinen feststehende Begriff in das Gesetz übernommen sei, oder ob in § 1 der KV der Begriff neu definiert sei. In letzterem Sinn als Legaldefinition faßte Isay [5]) den § 1 auf und ging daran, die Unterschiede zwischen diesem neuen Kartellbegriff und dem Liefmannschen festzustellen. Demgegenüber steht fast das gesamte Kartellschrifttum auf dem Standpunkt, der § 1 zähle nur die Mittel der Kartellverpflichtung auf, er gäbe aber keine Begriffsmerkmale [6]). Eine Definition zu geben war auch deshalb nicht notwendig, da die KV keine Kodifizierung des gesamten Kartellrechts brachte, sondern sich nur gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung wandte, wie schon der Titel sagt.

Es wäre auch verfehlt, einen volkswirtschaftlichen und einen juristischen Kartellbegriff nebeneinander bestehen zu lassen. Mit Recht weist Callmann [7]) darauf hin, daß die Scheidung in einen

---

[3]) Liefmann 9.
[4]) Isay, Studien 15, Isay-Tschierschky 41.
[5]) Isay-Tschierschky § 1.
[6]) RG 128, 10, Geiler A. 378, Callmann 76.
[7]) KartRundschau 1932, 215.

juristischen und einen wirtschaftlichen Begriff mißverständlich sei, da Recht und Wirtschaft im Verhältnis von Form und Inhalt zueinander ständen.

III. Die Kartelle und der heutige Staat.

Auch im heutigen Staat haben die Kartelle ihre Bedeutung. Nachdem anfänglich der Wert der Kartelle bestritten wurde — man sah in ihnen die Verbände, die nichts weiteres zu tun hatten, als die Preise in ungerechtfertigtem Maße hochzuhalten — erkennt man jetzt doch die volkswirtschaftliche Bedeutung. Die Kartellbindungen sind keine Fesseln der Wirtschaft, durch die diese zur Zwangswirtschaft wird, sondern im Gegenteil Maßnahmen zur Stärkung und Veredelung der grundsätzlich auf Privatinitiative und Selbstverwaltung beruhenden unternehmerischen Wirtschaft [8]). Der Grundsatz der Privatinitiative hindert jedoch den Staat nicht, in das Wirtschaftsgetriebe einzugreifen, wenn es aus irgendwelchen Gründen, die nicht unbedingt auf wirtschaftlichem Gebiet zu suchen sind, notwendig ist. Die rechtliche Form für dieses Eingreifen ist das Zwangskartell. Auch wenn diese Einrichtung nur als vorübergehende Erscheinung für beschränkte Zeit gedacht ist, wie aus der amtlichen Begründung hervorgeht, zeigt es doch den Willen der Regierung, das Kartellwesen nicht als überholt zu betrachten, sondern sich seiner zum Aufbau der neuen Wirtschaftsordnung zu bedienen. — Streng zu scheiden vom Kartell, das lediglich wirtschaftlichen Förderungszweck hat, ist der Berufsstand. Dieser hat seinen Platz in der ständischen Gliederung. Hier sind nicht Gruppen gleicher Art zusammengeschlossen, sondern die eines ganzen Wirtschaftszweigs. Außerdem hat er erzieherische Bedeutung, er hat den Gedanken des Dienstes am gemeinen Wohl zu verbreiten [9]).

IV. Rechtsformen der Kartelle.

Die Aufgaben der Kartelle können sehr verschiedener Natur sein, sie lassen sich aber auf einen Generalnenner bringen, nämlich wirtschaftliche Förderung. Dies erfolgt nach innen durch die eigentliche Kartellbindung, nach außen im Kampf gegen Außenseiter. Beides zusammen ergibt den eigentlichen Zweck, die Mitglieder durch eine befriedigende Marktregelung zu schützen und zu stärken.

Eine eigene Rechtsform für Kartelle gibt es nicht, sie müssen sich in die vorhandenen Gesellschaftsformen des BGB und des Handelsrechts kleiden. Es läßt sich nicht vermeiden, daß die Gesellschafts-

[8]) Müllensiefen-Dörinkel S. 2.
[9]) Lehmann, DJZ 1934, 1187.

form sich von ihrem ursprünglichen Zweck entfernt, daß sie sich in ihrem Wesen ändert, um dem Kartellzweck dienlich zu sein.

Verschieden wie die Arten der Kartelle sind ihre rechtlichen Formen, die aber nicht willkürlich gewählt werden dürfen, sondern je nach der Aufgabe, die dem Kartell zusteht, bestimmt werden. Auch hier wieder gilt das Wort, daß das Recht die Form und die Wirtschaft den Inhalt bestimme. Einfachere wirtschaftliche Aufgaben wie Preisregulierung, Festsetzung von Mindestbedingungen, Abgrenzung von Absatzgebieten lassen sich als Preis-, Konditionen- und Gebietskartelle in einfache rechtliche Formen wie die BGB-Gesellschaft (§ 705 f.) und den nicht rechtsfähigen Verein bringen. Die juristische Person ist die Form für das höhere Kartell.

Man unterscheidet seit Flechtheim höhere Kartelle, d. h. solche mit Kontingentierung der Produktion, und niedere Kartelle ohne Kontingentierung. Die höheren Kartelle werden wieder eingeteilt in solche mit und ohne Zentralisation des Absatzes. Das erstere ist das Syndikat; es stellt die höchstentwickelte Form eines Kartells dar. Die juristische Person als Rechtsform für diese höheren Kartelle bietet den Vorteil der Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel und der straffen Organisation, die die Mitglieder enger an sich bindet, als es mit obligatorischen Gesellschaftsverträgen möglich ist. Die Syndikate haben außerdem selbständige kaufmännische Aufgaben; aus diesem Grund kommt für sie der eingetragene Verein als Rechtsform nicht in Frage wegen der Beschränkung des § 21 BGB, der einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht zuläßt. Für reine Kontingentierungskartelle wird der e. V. oft gewählt.

Ueberwiegend wird das höhere Kartell (einschließlich Syndikat) als juristische Person des Handelsrechts aufgezogen: als GmbH oder als Doppelgesellschaft. Die Nebenleistungs-Aktiengesellschaft und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft haben sich dagegen als unbrauchbar erwiesen.

1. Die Doppelgesellschaft, eine Kombination einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft mit einer AG oder GmbH, ist eine Schöpfung der Kartellrechtswissenschaft. Die Mitglieder sind in einer BGB-Gesellschaft zusammengefaßt, deren Satzung die Kartellpflichten enthält. Daneben besteht zur Durchführung des Kartellzwecks und zur Erledigung der kaufmännischen Aufgaben eine AG oder GmbH. Mit der Gesellschaft der Kartellgenossen ist sie vertraglich verbunden, wie im übrigen sich das Verhältnis von GmbH (oder AG) und Kartellgesellschaft gestaltet, ob die GmbH Mitglied oder Organ der Gesellschaft ist, ist strittig [10]).

2. Die Nebenleistungs-AG besteht nur aus einem Verband. Dieser hat sowohl die kaufmännischen Aufgaben wie die Geschäftsstelle der Doppelgesellschaft, weiterhin bildet sie auch den kartellmäßigen Zusammenschluß der Unternehmer. Die Kartellpflichten sind als

[10]) Flechtheim 32, 247, 48, 306, a. A. Geiler Anm. 389.

Nebenleistungen aufgezogen. Den rechtlichen Unterbau dafür liefert § 212 HGB, in dem Nebenleistungen zugelassen sind, entgegen dem Grundsatz des Aktienrechts, daß Aktionäre nur mit dem Kapitalanteil beteiligt sind. Diese Nebenleistungen müssen in der Satzung enthalten sein, wenn sie als gesellschaftliche Verpflichtung gelten sollen. Insoweit stimmen die Nebenleistungen mit denen der GmbH überein. Der Unterschied der beiden liegt in der Beschränkung, der die aktienrechtliche Nebenleistung unterworfen ist. So dürfen diese nicht in Geld bestehen. Da aber das Kartell und ganz besonders das Syndikat nicht ohne Betriebskapital auskommt, dieses wiederum nur durch Umlage der Mitglieder zusammengebracht werden kann, so ist es unmöglich, die Nebenleistungs-AG als Form für Kartelle zu benützen. Andere Gründe tragen noch dazu bei, z. B. die Oeffentlichkeit des Gründungsvorgangs, Bekanntmachung des Gesellschaftsvertrags im Register usw. Die AG ist auch ihrer Natur nach eine kapitalistische Gesellschaft, mehr noch wie die GmbH, die auch individualistische Merkmale trägt. Die Ausnahme des § 212 wurde mit Rücksicht auf die Nebenleistungs-AG ohne Kartellverpflichtung gemacht (die Zuckerrüben-AG). Im Lauf der Entwicklung des Kartellrechts gab es eine Einheits-AG. Sie wurde jedoch bald als Doppelgesellschaft umgebaut, da sie sich in der einheitlichen Form für das Kartell nicht eignete [11]). Als Verkaufsstelle der Doppelgesellschaft ist die AG verwendbar, da hier der ursprüngliche Zweck verfolgt wird. Die Kartellverpflichtungen liegen dann außerhalb der Satzung. Die rechtliche Struktur der AG braucht nicht im entgegengesetzten Sinn umgebogen werden.

3. Besser als die AG eignet sich die Genossenschaft. Sie ist ihrem Hauptzweck nach Förderungsgesellschaft, während die AG und GmbH in erster Linie Erwerbsgesellschaften sind. Bei diesen müssen die Kartellpflichten in die Form von Nebenleistungen gekleidet werden, jene dagegen ist in der Lage den Kartellvertrag als Hauptleistung in das Genossenschaftsstatut aufzunehmen (§ 1 Gen.G.). Trotzdem der Förderungszweck des Einzelunternehmens der Genossenschaft wie dem Kartell gemeinsam ist (worauf Geiler immer wieder hinweist), hat sich die Genossenschaft als Kartellform nicht durchsetzen können und kommt fast nur im Kleinhandel und in der Landwirtschaft vor. Das Haupthindernis für das Kartell ist wohl die freie Kündigungsmöglichkeit des § 65 [12]).

4. Neben der Doppelgesellschaft besteht in der Praxis nur noch die Nebenleistungs-GmbH. Sie ist im Gegensatz zu jener als Einheitsgesellschaft organisiert, Kartellpflichten und Zentralorganisation sind in der Form einer einheitlichen GmbH vereint, ohne daß nebenher eine weitere Gesellschaft besteht.

---

[11]) Flechtheim 295, Geiler A. 388.
[12]) Flechtheim 101, Rieß 175.

Die Kartellpflichten der Mitglieder sind in den Nebenleistungen geregelt. Nebenleistungen können nach § 3 Abs. 2 GmbH-Gesetz neben der Kapitalbeitragspflicht auferlegt werden. Die ist zwar ihrer Natur nach Kapitalgesellschaft, jedoch in weit stärkerem Maße als die AG mit individualistischen Einschlag. Sie sollte nach dem Willen des Gesetzgebers hauptsächlich für mittlere und kleinere Unternehmen als Rechtsform dienen. Aus diesem Grunde tritt neben die Einlagepflicht die Beteiligung an der Geschäftsführung und durch Satzung auferlegbar die Nebenleistungen jeder Art.

Die Möglichkeit unbeschränkbarer Nebenleistungen führte dazu, das Schwergewicht des Geschäftsbetriebs auf diese zu verlegen und die Einlagepflicht zurücktreten zu lassen. Diese sog. Nebenleistungsgesellschaft erwies sich als besonders brauchbar für die Rechtsform des Kartells.

B. Besonderer Teil.

I. Die rechtliche Struktur

der Nebenleistungs-GmbH, dargestellt an der Frage der Kündigung.

Die GmbH ist eine juristische Person, sie ist unabhängig von der Zahl und dem Wechsel der Mitglieder und sie hat eigenes Vermögen, das von dem Privatvermögen der Teilhaber getrennt ist. Diese Eigenschaften machen sie in besonderem Maße geeignet, als Rechtsform für Kartelle und Syndikate zu dienen. Das höhere Kartell und das Syndikat, das die Freiheit seiner Mitglieder am meisten einschränkt, indem es den Verkauf der Produkte nicht mehr dem einzelnen überläßt sondern selbst übernimmt, müssen zur Erledigung ihrer Aufgaben Selbständigkeit gegenüber ihren Mitgliedern in rechtlicher wie in finanzieller Hinsicht genießen. Die Kartellverpflichtungen werden als Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 GmbH-Ges. im Gesellschaftsstatut aufgenommen, ohne daß hinsichtlich der Art dieser Nebenleistungen eine Beschränkung besteht, wie nach § 212 HGB bei der AG. Was von besonderer Wichtigkeit ist für den selbständigen kaufmännischen Betrieb, ist, daß auch Geldleistungen neben der Einlage gefordert werden können. Die Kapitaleinlagepflicht tritt gegenüber den Nebenleistungen zurück, das Schwergewicht des Vertrags liegt in diesen. Verschiedene Schriftsteller[13]) haben deshalb vorgeschlagen, statt Nebenleistungs-GmbH die Bezeichnung Sonderleistungs-GmbH einzuführen, da die sog. Nebenleistungen doch wirtschaftlich die Hauptleistungen seien. Die Bezeichnung hat sich aber nicht allgemein durchgesetzt.

Die rechtliche Struktur der Nebenleistungsgesellschaft macht erhebliche Schwierigkeiten, die darin liegen, daß in einem Vertrag sämtliche rechtlichen Beziehungen der Kartellmitglieder untereinander und zur Zentralstelle geregelt sind. Schon seitdem es eine Kartell-GmbH gibt, macht man sich Kopfzerbrechen über die Konstruktion dieses Vertrags. Durch Hinzutreten der Kartellverordnung ist dieses Problem nicht gelöst worden, im Gegenteil, durch die neue gesetzliche Grundlage wurden die rechtlichen Schwierigkeiten nur komplizierter.

Das Problem ist kurz ausgedrückt: Ist der Gesellschaftsvertrag der GmbH einheitlicher Natur oder bestehen zwei selbständig nebeneinander stehende Teile, die GmbH als Kartellorganisation auf der einen Seite, auf der andern die Kartellverpflichtungen, d. h. der eigentliche Kartellvertrag im engeren Sinne?

[13]) Kaufmann S. 411, Buchholz S. 266.

Mit der Frage der Einheit oder Zweiheit des Gesamtkartellvertrags ist das Problem der Rechtsnatur der Kartellbindung nach § 1 KV verbunden. Die Gegner der Theorie der rechtlichen Einheit begründen ihre Ansicht damit, daß § 1 eine neue besondere Vertragskategorie darstelle und folglich im Gesamtvertrag der eigentlich kartellrechtliche Teil eine selbständige Stellung gegenüber der Organisation einnehme.

Die Lösung der Streitfrage hat auch praktische Bedeutung für das Verhältnis des Kartells zu den Mitgliedern. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten werden dadurch bestimmt, insbesondere aber ist sie für den Austritt eines Mitglieds infolge Kündigung nach § 8 KV wichtig. Nimmt man Einheit des Gesamtkartellvertrages an, so muß der Kündigung der Kartellverpflichtung unmittelbar das Ausscheiden aus der Kartellorganisation folgen. Bei Trennung des Gesamtvertrages in zwei Teile wäre Kündigung lediglich der Kartellverpflichtung möglich; der Kündigende bliebe weiterhin Mitglied der GmbH-Organisation.

a) Daß die Nebenleistungen der wichtigste Teil des Gesamtkartellvertrages sind, hat schon früh dazu geführt, sie einer besonderen Betrachtung zu unterziehen, und der Versuch wurde unternommen, sie aus dem Gesamtverhältnis herauszulösen. So sieht Roth[14]) in den Kartellpflichten eine besondere Nebenleistungsgesellschaft nach BGB, die in die eigentliche GmbH eingegliedert ist. Dieser Konstruktion widerspricht Kaufmann[15]) mit Recht, die Einheitsgesellschaft schließe ihrem einheitlichen Aufbau nach aus, daß es neben der GmbH noch eine weitere Gesellschaft nach § 705 BGB gäbe. Nach seiner Meinung ist die Sonderleistungspflicht nur ein selbständiges Rechtsverhältnis, das in den Rahmen der GmbH-Organisation eingefügt ist. Sie gehört nicht zur Kapitalgrundlage und untersteht deshalb nicht den dafür geltenden Rechtssätzen. Somit kann der Beitritt selbständig angefochten werden, und kraft analoger Anwendung von § 723 BGB kann die Sonderleistungspflicht selbständig gekündigt werden. Flechtheim[16]) schloß sich der Meinung Kaufmanns an, mit der geringfügigen Abweichung, daß er die Kündigung in jedem Fall nur aus wichtigem Grunde anerkennt, während Kaufmann bei Bindung an bestimmte Zeit zwar auch nur aus wichtigem Grunde, andernfalls aber jederzeit die Kündigung zuließ.

Die Folge dieser Konstruktionen ist, daß nach erfolgter Kündigung zwar das Mitglied seiner Kartellpflichten ledig ist, aber noch weiterhin Gesellschafter der GmbH ist, da ja die Kündigung nur die Sonderleistung betrifft.

Vom juristischen Standpunkt aus ist diese Lösung etwas willkürlich herbeigeführt und widerspricht den Grundgedanken der GmbH.

---

[14]) Leipz. Z. 1912, 266.
[15]) Sächs. Archiv 1912, 416.
[16]) S. 291.

Der Sinn ist, die Teilhaberschaft dürfe nicht ganz oder teilweise durch einseitige Erklärung gelöst werden.

Das Reichsgericht hat diese Auffassungen bekämpft. Was es aber in seiner logisch unantastbaren Entscheidung nicht berücksichtigt hat, mag die wahre Ursache jener Ansichten gewesen sein, nämlich die wirtschaftliche Seite. Die Kartelleistungen können sich als drückende Verpflichtungen auswirken. Eine Bindung an diese Verpflichtungen ohne Lösungsmöglichkeit ist eine empfindliche Härte für die Beteiligten. Die Kündigung ist ein notwendiges Korrelat zu den Kartellpflichten. Von der wirtschaftlichen Seite her lassen sich die Bestrebungen verstehen, die eigentlichen Kartellpflichten von der Organisation loszulösen und sie einer selbständigen Kündigung zu unterwerfen. Flechtheim hat auch später zugegeben, daß es sich hierbei nur um eine Notlösung gehandelt habe [17]).

Es gibt noch andere Möglichkeiten, von der unerwünschten Bindung loszukommen, nämlich durch Auflösungsklage (§ 61) und Abtretung des Geschäftsanteils (§ 15). Im ersteren Fall kann der Teilhaber, der 10 % der Anteile besitzt, durch Klage die Auflösung erzwingen. Damit ist aber gerade bei der Kartell-GmbH wenig geholfen, da im allgemeinen die Anteile sehr niedrig sind, so daß in den wenigsten Fällen ein Mitglied 10 % besitzt. Auch soll gerade der wirtschaftlich schwächere Produzent geschützt werden, bei dem anzunehmen ist, daß er seinen Geschäftsanteil nicht auf 10 % bringen kann. Schließlich ist es auch nicht zweckmäßig, den ganzen Verband aufzulösen, nur weil ein Mitglied ausscheiden will. — Auch der § 15, wonach der Geschäftsanteil veräußerlich ist, bietet praktisch keine Hilfe. Abgesehen davon, daß durch Gesellschaftsstatut die Veräußerung verhindert werden kann, was besonders bei der Kartell-GmbH sehr wahrscheinlich ist, dürfte es schwer fallen, einen Abnehmer für den Anteil zu finden, wenn der bisherige Gesellschafter seinen Anteil infolge drückender Verpflichtungen abgeben will. — Falls in der Satzung keine andere Möglichkeit vorgesehen ist, ist es für das Mitglied nahezu ausgeschlossen, aus dem Kartell auszuscheiden.

Das Reichsgericht [18]) läßt die wirtschaftliche Seite des Problems unberücksichtigt und befaßt sich lediglich mit der juristischen Konstruktion. Es lehnt eine Kündigung des Nebenleistungsverhältnisses ab, da dieses mit dem GmbH-Vertrag ein unlösbares Ganzes bildet. Die Kartellpflichten sind ein Teil der Mitgliedschaftspflichten und als solche dem Gesellschaftsrecht der GmbH unterworfen. Ein Herauslösen als Sonderleistungspflicht widerspricht dem Gesellschaftszweck. Das RG betont die vollkommene Einheit des Gesamtvertrags: Die Kapitalgesellschaft ist die äußere Form, deren sich das Kartell im Rechtsverkehr bedient, die Nebenleistungen sind Inhalt

[17]) KartRsch. 1927, 57.
[18]) RG 73, 429 u. 108, 20.

und Zweck. Die beiden Rechtsfunktionen, Form und Inhalt, sind derart miteinander verbunden, daß eine Trennung vollkommen unmöglich wird; sie würde der Natur der juristischen Person, die ja ein einheitliches Gebilde ist, zu sehr widersprechen. Ganz besonders aber bekämpft das RG die Flechtheimsche Ansicht der „kapitalistischen Rumpfbeteiligung", d. h. das weitere Verbleiben des Mitglieds im Verband der GmbH nach Kündigung der Sonderleistungen, aber unter Beibehaltung des Geschäftsanteils. „Diese Annahme widerspricht dem Wesen der gesellschaftlichen Verpflichtungen. Die Mitgliedschaft ohne die Sonderleistungspflicht ist nach dem Vertragsgedanken unmöglich."

Da das RG eine Spaltung des Kartellvertrags streng ablehnt, so muß es notwendigerweise auch jede Kündigungsmöglichkeit verneinen, die in der Literatur gerade auf die Trennung von Organisation und Kartell-Leistung aufgebaut war. Aus wirtschaftlichen Gründen ist aber eine Kündigung drückender Kartellverpflichtungen unerläßlich, da das GmbH-Gesetz in § 15 und § 61 keinen hinreichenden Ersatz bietet. Andrerseits aber ist eine völlig freie Kündigungsmöglichkeit, wie Kaufmann sie annimmt, verfehlt, da „ein Kartell, bei dem jedes Mitglied jederzeit nach Belieben kündigen kann, kein Kartell ist" [19])

b) Einen völligen Umschwung in Literatur und Rechtsprechung brachte die Kartellverordnung mit dem § 8. Nun war es unzweifelhaft, daß jedes Kartell, also auch die Nebenleistungs-GmbH gekündigt werden konnte. Aber damit war die Frage nach der Rechtsnatur des Gesamtvertrags noch nicht gelöst, „die alte Streitfrage war durch eine neue ersetzt" [19]).

Der § 8 KV gestattet Kündigung eines Kartellvertrags aus wichtigem Grunde. Während bei andern Kartellformen, der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, den beiden Vereinsformen und schließlich bei der eigentlichen Kartellgesellschaft der Doppelgesellschaft, die Kündigung nach § 8 dieselbe Wirkung hat wie § 723 BGB, nämlich Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters, war es bei der Nebenleistungs-GmbH streitig, in welcher Weise sich die Kündigung auswirken würde. Es bildeten sich zwei Meinungen: Das RG blieb bei seiner Ansicht, wenn auch mit gewissen Abschwächungen, der Gesamtkartellvertrag bilde eine Einheit; der Kündigung müsse ein vollständiges Ausscheiden aus der Organisation folgen. Das Kartellgericht andrerseits (eine durch die KV neu geschaffene Instanz) faßte die speziellen Kartellpflichten als besondere Vertragskategorie auf und schloß daraus, daß die Vorschriften der KV sich nur auf diese beziehe, daß folglich durch die Kündigung nur der eigentliche Kartellvertrag gelöst würde, im übrigen aber die Mitgliedschaft an der GmbH von der Kündigung nicht berührt würde [20]).

---

[19]) Flechtheim, KartRsch. 1927, 57 f.
[20]) Entscheidungen des Kart.Ger. Nr. 9 u. Nr. 13.

Was die Lehre von der selbständigen Vertragskategorie betrifft, wie sie auch Lucas[21]) auffaßt, ist ihr entgegenzuhalten[22]): Mit Einführung der KV war nicht geplant, eine neue Vertragskategorie einzuführen. Wie schon aus dem Text (§ 1) hervorgeht, werden die anerkannten Wirtschaftsgebilde auch weiterhin als vorhandene Begriffe anerkannt. Die Gründung des Kartells geschieht durch Errichtung der GmbH, ein besonderer Kartellvertrag nebenher wird nicht abgeschlossen. Möglich ist zwar, daß Rechte und Pflichten der Mitglieder nicht im Statut festgelegt werden, sondern in einem besonderen Vertrag, dann entsteht aber keine Einheits-GmbH sondern eine Doppelgesellschaft. Innerhalb des Gesamtvertrags lassen sich die eigentlichen Kartellpflichten auch nicht abtrennen und sich zu einem besonderen Vertrag zusammenschließen, da eine Grenze zwischen diesem Kartellvertrag und reinen Gesellschaftsvertrag nicht zu erkennen ist. Beide sind so eng miteinander verbunden und greifen in einander über, daß eine Trennung praktisch unmöglich wird. So hat z. B. die Mitgliederversammlung sowohl über reine Organisationsfragen der GmbH zu bestimmen, wie auch über die gesamten Kartellpflichten und Rechte.

Im Anschluß an die Entscheidungen Nr. 9 u. 13 (an die Lehre von der selbständigen Vertragskategorie) hat das Kartellgericht den Grundsatz aufgestellt, daß die Kündigung nur die typischen Kartellbindungen und Verpflichtungen wie die Handhabung von Erzeugung, des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, Festsetzung von Preisen usw. betreffe, die GmbH und ihren Gesellschaftsvertrag aber gänzlich unberührt lasse. „Nur dadurch wird die vom Gesetzgeber gewollte Unkündbarkeit aufrechterhalten und dabei das dem einzelnen Mitglied verliehene Kündigungsrecht praktisch durchgeführt." (Lucas)

Lucas übersieht bei dieser Ausführung den eigentlichen Zweck der GmbH-Vorschriften. Die GmbH ist deshalb unkündbar, wie auch der Beitritt nicht mehr angefochten werden kann, damit die Stammeinlage erhalten bleibt; es ist zum Schutze der Gläubiger notwendig, da es keine persönliche Haftung der Gesellschafter gibt. Die Nebenleistungs-GmbH ist jedoch ihrem Wesen nach völlig verschieden von der gewöhnlichen GmbH. Sie ist eine Förderungsgemeinschaft ihrer Mitglieder, während die gewöhnliche GmbH Erwerbsgesellschaft ist. Infolgedessen konzentriert sich das Interesse nicht so sehr auf Erhaltung des Stammkapitals als vielmehr auf die Mitglieder. Einem Ausscheiden der Gesellschafter steht nichts im Wege, wenn es in einer rechtlich zulässigen Weise geschieht. Es ist bei der Kartell-GmbH sehr erwünscht, daß ein Mitglied, das gekündigt hat, auch tatsächlich aus der Organisation ausscheidet. Die „kapitalistische Rumpfbeteiligung", wie sie das Kartellgericht über-

[21]) DJZ 1924, 428; 1925, 42.
[22]) vgl. Isay-Tschierschky

nommen hat, ist bei dem Stand der Kartellgesetzgebung überflüssig, sogar unbrauchbar. Das Mitglied wäre durch Kündigung von seinen Kartelleistungen, also in der Hauptsache von Pflichten, befreit. Andrerseits hätte es dieselben Rechte wie die anderen Gesellschafter, so z. B. das Stimmrecht, das ja mit der Einlage verbunden ist. Die Mitgliederversammlung ist das Organ, das sowohl über GmbH-Fragen wie auch über Kartellangelegenheiten zu entscheiden hat. Auf diese Weise könnte der durch Kündigung neu erstandene Außenseiter Einfluß auf die Kartellpolitik gewinnen. Ein Hinweis auf die Satzung, die für diesen Fall ein Ruhen der Teilhaberrechte anordnet, ist keine ausreichende Hilfe, da es sich darum handelt, auf gesetzmäßige Art zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen.

Dem Kartellgericht und Lucas haben sich noch Lehnich-Fischer, Haußmann-Hollaender und Schröter angeschlossen. Lehnich-Fischer[23]) treten der Konstruktion bei, die Nebenleistungsverpflichtungen seien Sonderleistungen, die selbständig gekündigt werden könnten, ohne daß die Mitgliedschaft an der juristischen Person verloren ginge. Er begründet diese Ansicht damit, daß nur Verträge unter den Begriff des § 1 KV fallen, nicht aber juristische Personen, die auf Gesamtakt beruhen. Da die Nebenleistung als ein vertragsähnliches Verhältnis innerhalb der juristischen Person aufzufassen sei, falle sie auch unter den Begriff des § 1, nicht aber die GmbH selbst. Dieser Meinung ist entgegenzuhalten: 1. Die juristischen Personen entstehen zwar durch Gesamtakt, aber diesem liegt ein Vertrag zu Grunde. 2. Unter den Begriff des Vertrags nach § 1 KV fallen auch diejenigen Abmachungen, durch welche ein Verband begründet wird, wenn er die in § 1 erwähnten Verpflichtungen enthält. Kartellähnliche Abmachungen erscheinen in allen Rechtsformen, auch in der Form einer juristischen Person[24]).

„Die KV ergreift für Kartelle jeder Rechtsform die Mitgliedschaft in ihrer Gesamtheit“[25]), womit nicht gesagt sein soll, daß die Kündigung automatisch ein Ausscheiden aus der GmbH zur Folge hat; vielmehr bewirkt die Kündigung ein Auseinandersetzungsverfahren gemäß den GmbH-Vorschriften. Das Verhältnis von KV und GmbH-Gesetz ist am besten durch den Satz von Delbanco[26]) gekennzeichnet: Die KV ist ein Gesetz mit nur materiell-rechtlichem Inhalt. Sie gibt eine Regelung ohne Rücksicht auf die Rechtsform. Das GmbH-Recht ist gewissermaßen das formale Recht, es gibt die Ausgestaltung der kartellrechtlichen Vorschriften. KV und GmbH-Gesetz ergänzen sich gegenseitig. Das Kartellgericht und seine Anhänger verkennen dieses wechselseitige Verhältnis, wenn sie annehmen, die KV beziehe sich nur auf die speziellen Kartellbindungen.

---

[23]) Anm. 8 c zu § 1.
[24]) Goldmann JW 1924, 113; Callmann S. 302.
[25]) Loewenberg S. 339.
[26]) zit. bei Callmann S. 609.

Die Kartellbindung ist nur die materielle, die GmbH-Organisation die formelle Seite ein und desselben Rechtsverhältnisses [27]).

Haußmann-Hollaender [28]) gehen von der vermögensrechtlichen Seite aus; sie nehmen an, daß die vermögensrechtliche Seite des Gesamtvertrags nicht von dem Recht der KV berührt würde, infolgedessen die Kartellpflichten verselbständigt würden, also auch selbständig gekündigt werden könnten. Auch sie kommen auf diese Weise zu einer „kapitalistischen Rumpfbeteiligung", deren Wirkung sie dadurch abzuschwächen suchen, indem sie hinzusetzen, das Mitglied dürfe nach der Kündigung nicht an Beschlußfassungen über Kartellverpflichtungen teilnehmen.

Endlich hat sich Schröter [29]) sehr für die Theorie der selbständigen Vertragskategorie und der Rumpfmitgliedschaft eingesetzt. Seine Beweisführung stützt sich auf folgende Punkte: 1. Im Lauf der historischen Entwicklung wurde schon durch Kaufmann-Flechtheim die Kartellbindung als selbständiges Rechtsverhältnis aufgefaßt. 2. Schon vor Erlaß der KV waren alle Kartellformen mit Ausnahme der Nebenleistungs-GmbH kündbar. Es würde also eine Bestimmung genügt haben, die sich nur auf die GmbH bezöge. Die KV hat aber ein allgemeines Kündigungsrecht gebracht. Eine Wiederholung geltender Rechtssätze kann nicht der Zweck der KV sein, also gilt sie nur für die eigentliche, von der Organisation losgelöste Kartellbindung. — Auch dieser Meinung können die schon erwähnten Ausführungen entgegengehalten werden. Die KV gibt ein einheitliches, materielles, für alle Rechtsformen geltendes Kartellrecht. Da auf die einzelnen Rechtsformen nicht eingegangen wird, ist eine Wiederholung einzelner Rechtssätze nicht ausgeschlossen, was aber ohne jede Bedeutung ist. [30]).

Zwischen Kartellgericht und RG steht Friedländer [31]). Er verwirft zwar die Konstruktion des Kartellgerichts, kommt aber trotzdem mit seiner Lösung auf dasselbe Ergebnis heraus. Er nimmt an, daß zwischen Kartellbindung und organisationsrechtlichen Bestimmungen ein enger Zusammenhang besteht, beide gehören zum Kartellbegriff. Die verschiedenen Kartellbindungen haben wenig gemeinsames. Man kann deshalb nicht von einer selbständigen Vertragskategorie der Kartellverpflichtungen sprechen. „Die Begriffsbestimmung des § 1 bezieht sich sowohl auf den organisatorischen Teil wie auf die Kartellbindung. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechts die Anwendbarkeit der KV ausschließen." Bei der GmbH läßt er nun die Kündigung sich nur auf das Nebenleistungsverhältnis erstrecken, ohne daß die

[27]) Jacusiel Leipz. Z. 1924, 674.
[28]) S. 29.
[29]) S. 55 f.
[30]) Ein weiterer Punkt in den Ausführungen Schröters ist später behandelt.
[31]) S. 47.

Mitgliedschaft davon berührt wird. Somit ist auch er zu dem unbrauchbaren Ergebnis der Rumpfmitgliedschaft gekommen, das unbedingt abzulehnen ist.

Die Lehre des Kartellgerichts und seiner Anhänger ist weder theoretisch noch praktisch haltbar. Die Kartell-GmbH ist juristisch eine Einheit, eine Auflösung in zwei Teile ist sowohl vom Standpunkt der juristischen Konstruktion wie von dem wirtschaftlichen Standpunkt aus verfehlt.

c) Grundsätzlich bleibt daher das RG[32]) bei seiner früheren Meinung, die Kartell-GmbH sei eine untrennbare Einheit. Soweit im einzelnen die Lösung nicht mehr die gleiche ist wie früher, ist sie durch die neue gesetzliche Grundlage verursacht. Ueber die Rechtsnatur des Gesamtvertrags äußert sich das RG folgendermaßen: „Es besteht eine Wechselwirkung, die sich darin zeigt, daß GmbH und Kartellverpflichtete zur Erreichung ihrer Zwecke gegenseitig aufeinander angewiesen sind, und daß die Erfüllung der Kartellverpflichtung die Grundlage bildet für die Zusammenfassung der Kartellmitglieder in der GmbH. Bei solchem Aufbau des gesamten, die gesellschaftliche Organisation und den Kartellvertrag umfassenden Rechtsverhältnisses ist die Zugehörigkeit zur GmbH ohne die Sonderleistungspflicht unmöglich."

Im Gegensatz zu früher ist der Ausdruck „untrennbare Einheit" vermieden. Nach dieser älteren Auffassung war die Unkündbarkeit die rechtliche Folge der Untrennbarkeit. Jetzt war die Kündigungsmöglichkeit gesetzlich verankert. Daß sich diese Kündigung nur auf die eigentliche Kartellbindung bezog, gab auch das RG zu. Nur ging es in richtiger Erkenntnis des Wesens der GmbH und der wirtschaftlichen Bedeutung der Kündigung weiter als das Kartellgericht: „Die Fortdauer der Mitgliedschaft bei der GmbH ist mit Erlöschen der Kartellverpflichtung nicht vereinbar." Der Lehre des Kartellgerichts von der selbständigen Vertragskategorie stellt das RG in klarer Weise die der Einheit gegenüber. Bei der engen Verflechtung von Organisation und dem wirtschaftlichen Vertragsinhalt ist es unmöglich, einen Trennungsstrich zu ziehen. Das Vorhandensein eines jeden Teils ist zweckbedingt durch den anderen, der eine ohne den anderen Teil wäre in seiner Existenz unmöglich.

Der Einheit des Vertrages steht nicht entgegen, daß die Kündigung nur die kartellrechtliche Bindung löst. Das hat das RG auch erkannt, und der größte Teil des Schrifttums hat dieser Ansicht zugestimmt. Nur Hachenburg[33]) geht weiter, indem er der Kündigung unmittelbar die Auflösung des ganzen Verbandes folgen läßt. Schon vor Erscheinen der KV hatte Hachenburg nur die Auflösungsklage nach § 61 GmbH-Gesetz zur Lösung des Kartellverhältnisses anerkannt und hatte die Kaufmann/Flechtheim'sche Ansicht der selb-

[32]) RG. 114, 214.
[33]) Excurs zu § 3 Anm. 11 a.

ständigen Kündigung der Kartellpflichten streng abgelehnt. Seiner Meinung nach hat die KV an dem bestehenden Rechtszustand nichts geändert. Das RG hat aber in einer späteren Entscheidung [34]) ausdrücklich die Hachenburg'sche Theorie abgelehnt und seinerseits angenommen, daß durch Kündigung die Zugehörigkeit zur GmbH nicht automatisch gelöst sei. Die Einheit der Nebenleistungsgesellschaft wird dadurch in keiner Weise bedroht, da ein Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters notwendigerweise stattfinden muß, will man nicht in den Fehler der kapitalistischen Rumpfmitgliedschaft verfallen. Es ist immer im Auge zu behalten, daß die Kündigung den Zweck hat, letzten Endes jede Verbindung zum Kartell zu lösen. Bei den Kartellformen der BGB-Gesellschaft und des eingetragenen Vereins geschieht die Lösung vom Gesellschaftsverhältnis automatisch mit der Kündigung. Bei der Doppelgesellschaft ist Kündigung der Kartellbindung bei gleichzeitigem Verbleiben in der Verkaufsorganisation möglich, da hier zwei selbständige Rechtsgebilde unabhängig von einander bestehen. Bei der Einheitsgesellschaft ist aber die Mitgliedschaft an den Besitz eines Geschäftsanteils gebunden, der an sich nicht kündbar ist. Aus diesem Grunde wird durch die nach § 8 KV erfolgte Kündigung die Zugehörigkeit zur GmbH nicht ohne weiteres aufgehoben, sondern bleibt zunächst in einem Schwebezustand, während dessen die Mitgliedschaftsrechte ruhen. Das Ausscheiden selbst kann in verschiedenster Weise geschehen, wie in einem späteren Abschnitt gezeigt wird, wesentlich an dieser Stelle ist, daß das Ausscheiden sich nach den GmbH-Vorschriften richtet.

Der Ansicht des RG hat ein großer Teil des Schrifttums zugestimmt. So hat Jacusiel [35]) darauf hingewiesen, daß die Organisation nur die äußere Form der Bindungen ist, der Rahmen, in den die Kartellverpflichtungen hineingespannt sind. Die Verpflichtungen erhalten erst durch die Organisation einen rechtlichen Bestand, umgekehrt aber bedeutet die Organisation nichts ohne ihren Inhalt. Trotz dieser Untrennbarkeit können die Kartellpflichten als besondere rechtliche Einheit erfaßt werden. Eine gewisse Selbständigkeit gibt auch Feine [36]) zu. Beiden Schriftstellern ist gemeinsam, daß sie die Nebenleistungen als Sonderleistungen ansehen, was wirtschaftlich gesehen vollkommen richtig ist; die Nebenleistungen sind eigentlich Hauptleistungen, und können insoweit schon einer gesonderten rechtlichen Betrachtung unterzogen werden, sofern man nicht in Konflikt mit dem GmbG-Gesetz kommt.

Am entschiedensten für die Einheit ist Isay [37]) eingetreten, indem er zugleich die Lehre des Kartellgerichtes vom neuen Vertragstyp widerlegt und einen Weg weist, wie das Gesellschaftsverhältnis nach der Kündigung unter Wahrung der GmbH-Vorschriften zu

[34]) RG. 125, 117.
[35]) Leipz. Z. 1924, 674.
[36]) S. 341.
[37]) Isay-Tschierschky S. 265 f.

lösen ist. Zunächst wurde gar nicht beabsichtigt, durch die KV eine neue besondere Rechtsform für Kartelle einzuführen. Der sogenannte selbständige Kartellvertrag kann gegenüber den anderen Gesellschaftspflichten nicht abgegrenzt werden, sie fließen immer ineinander über. Bei vielen Vertragsbestimmungen läßt es sich gar nicht sagen, ob sie zum organisatorischen Teil oder zur Kartellbindung gehören. Isay bringt unter anderem das Beispiel des Schiedsgerichts. Ist in einem Vertrag ein Schiedsgericht vorgesehen, so hat es im Streitfall über sämtliche Vertragsteile zu urteilen. Wäre aber der Kartellvertrag ein besonderer Vertrag, so müßte es zwei Schiedsgerichte geben, eines für den Kartellvertrag, das andere für die GmbH. Das ist aber nicht der Fall. Die Mitgliederversammlung hat über sämtliche Fragen, die sich aus dem Gesamtvertrag ergeben, zu bestimmen, also auch über reine Kartellangelegenheiten. Eine Trennung ihrer Aufgaben läßt sich nicht herbeiführen. Gegen die Rumpfmitgliedschaft wendet Isay mit Recht ein, es sei in der Praxis völlig unhaltbar, daß es zwei Arten von Mitgliedern gebe, mit und ohne Kartellbindung. Es geht nicht an, daß ein Mitglied, das die Kartellverpflichtungen gekündigt hat, weiterhin in der GmbH an den Beschlüssen teilnimmt oder sonstige Vorteile genießt, z. B. wenn die GmbH. ein wertvolles Patent besitzt, dessen Auswertung den Mitgliedern gestattet ist. Der Ausgeschiedene ist als Außenseiter Konkurrent des Kartells, stände er zu ihm noch in einer rechtlichen Beziehung, so könnte er dadurch das Kartell schädigen. Mit dem RG stimmt Isay dahin überein, daß nach der Kündigung die Mitgliedschaftsrechte und Pflichten solange ruhen, bis der Teilhaber auch mit seinem Geschäftsanteil ausgeschieden ist. Ein Ruhen der Gesellschaftspflichten nach der Kündigung der Kartellbindung ist schon deshalb notwendig, um eine Trennung der beiden Vertragsteile zu vermeiden.

Die einheitliche Natur des Gesamtkartellvertrags wird noch vertreten von Callmann § 8 Anm. 49/50, Hedemann S. 63, Scholz S. 606 und GmbHRsch. 1931, 253, Krause S. 13, Kisselstein KartRsch. 1928, 275, Curtius JW 1924, 276. Die genannten Schriftsteller haben sich im allgemeinen der Ansicht Isays und des RG angeschlossen, neue stellen sie keine auf. In einem späteren Artikel hat sogar Lucas [38]) dem RG bis zu einem gewissen Grade rechtgegeben, ohne grundsätzlich von seinem Standpunkt abzugehen. Flechtheim [39]) hat der Isayschen Meinung zugestimmt.

Den Versuch einer Widerlegung Isays hat Schröter [40]) gemacht, indem er statt von der Kündigung eines Kartellvertrags von der eines Beschlusses ausging. Isay unterscheidet zwischen kartellverpflichtenden und rechtsgestaltenden (organisatorischen) Beschlüssen. Schröter glaubt nun darin eine Lücke in der Beweisführung Isays zu

[38]) KartRsch, 1927, 19.
[39]) KartRsch. 1927, 59.
[40]) S. 55.

sehen, daß die Kündigung nach § 8 KV nur die verpflichtenden, nicht aber die organisatorischen Beschlüsse erfaßt, während bei der sonstigen Einstellung Isays eine Beschränkung der Geltung der KV auf Teile eines Vertrages abgelehnt wird. Dem entgegnet Krause[41]), Beschlüsse würden nicht in der Weise eingeteilt, daß die eine Art die Kartellbindung betrifft, die andere Art die Organisation. Es gibt immer nur eine Art von Beschlüssen; dem betreffenden Inhalt nach ist es dann festzustellen, ob die KV auf ihn zutrifft oder nicht. Im letzteren Fall handelt es sich um einen reinen GmbH-Beschluß, der mit der Kartellbindung nichts zu tun hat. Der Meinung Krauses ist zuzustimmen, da bei der Unbestimmbarkeit der Abgrenzung zwischen Organisation und Bindung nie von vorn herein gesagt werden kann, wohin eine vertragsähnliche Abmachung (unter diesen Begriff fällt auch der Beschluß) gehört. — — —

An dem Beispiel der Kündigungsfrage ist die rechtliche Struktur der Nebenleistungs-GmbH. im Hinblick auf ihre rechtliche Einheit untersucht worden. Das Ergebnis ist kurz zusammengefaßt: Die Nebenleistungs-GmbH ist ein einheitliches Rechtsgebilde, innerhalb dessen die Nebenleistungen wirtschaftlich die Hauptleistungen sind, aber kein selbständiger Vertrag. Sie untersteht dem GmbH-Gesetz, das durch die Normen des Kartellrechts ergänzt wird. Das Wesen der Nebenleistungs-GmbH wird durch den Kartellzweck bestimmt. In Zweifelsfällen ist er zur Auslegung heranzuziehen, insbesondere dann, wenn im GmbH-Gesetz auf die Satzung verwiesen ist, aber eine Regelung auf gesetzliche Art erwünscht ist. Denn Satzung und Kartellverpflichtung haben gemeinsam, daß sie den Gesellschaftszweck verkörpern.

II. Abgrenzung der Nebenleistungs-GmbH von der Doppelgesellschaft.

Da die Form der GmbH nicht nur für die Nebenleistungs-Gesellschaft benützt wird, sondern auch als Verkaufstelle der Doppelgesellschaft beim Syndikat, so ist nicht immer leicht zu unterscheiden, welche Rechtsform nun vorliegt. Im allgemeinen ist der Wille der vertragschließenden Parteien maßgebend; bei den strengen Formvorschriften kann es jedoch vorkommen, daß eine Vorschrift übersehen wird. Die beabsichtigte Rechtsform entsteht dann nicht. Es kann aber der Vertrag umgedeutet werden, so daß er statt der ursprünglich beabsichtigten eine andere, immerhin noch gültige Rechtsform erhält.

Das wesentliche Merkmal der Nebenleistungsgesellschaft liegt darin, daß die Kartellpflichten unmittelbar auf der Mitgliedschaft beruhen, sei es, daß sie im Gesellschaftsstatut selbst aufgenommen

[41]) S. 16.

sind (§ 3 Abs. 2 GmbH-Gesetz), sei es, daß das Statut auf einen Anhang verweist, der wie der Vertrag selbst notariell bgelaubigt ist. Beruhen die Kartellpflichten auf einer Abmachung außerhalb des Gesellschaftsvertrags, so besteht eine Doppel-Gesellschaft [42]).

Der Versuch, innerhalb des einheitlichen Gesamtkartellvertrags die eigentliche Kartellbindung zu verselbständigen und eine BGB-Gesellschaft daraus zu konstruieren, würde nichts anderes bedeuten, als die Form der Einheits-GmbH zugunsten der Doppelgesellschaft aufzugeben. Die Grenzen wären in diesem Fall schon vollkommen verwischt. Abgesehen davon, daß diese Konstruktion eine Kündigungsmöglichkeit schaffen sollte, die jetzt durch § 8 KV überflüssig ist, widerspricht sie der Natur der Einheits-GmbH.

Nur körperschaftsrechtlich geregelte Kartellpflichten gewährleisten das Entstehen einer Einheits-GmbH. Bloße schuldrechtliche Verträge sind zwar nicht ungültig oder unbeachtlich, haben jedoch nur schuldrechtliche Bedeutung. Es kann hierbei eine Doppelgesellschaft entstehen. Schließt nämlich die GmbH mit verschiedenen selbständigen Unternehmern gleichlautende Verträge ab, die Kartellpflichten zum Inhalt haben, so entsteht zwischen den Vertragsparteien und den Mitgliedern selbst eine Doppelgesellschaft [43]). Dieses System der sogenannten Separatverträge hat unmittelbar nichts mit der Einheits-GmbH zu tun, denn sie beruhen auf obligatorischen Verträgen; bei der Einheits-GmbH kommt es nur darauf an, ob die Verpflichtngen unmittelbar der Mitgliedschaft entspringen.

Daß sämtliche Rechte und Pflichten im Gesellschaftsvertrag bis in alle Einzelheiten genau festgelegt sind, ist nicht erforderlich; notwendig ist ein bestimmter Rahmen, die Ausgestaltung kann im Anhang erfolgen. Dieser Anhang unterliegt derselben Formvorschrift wie der Gesellschaftsvertrag selbst, er muß notariell beglaubigt werden (§ 2). Fehlt die Beglaubigung, so haben die Bestimmungen nicht die gesellschaftliche Wirkung des GmbH-Gesetzes. Als obligatorischer Vertrag sind sie natürlich wirksam. Damit ist wieder eine Doppelgesellschaft entstanden. —

Die Annäherungspunkte der Einheits-GmbH und der Doppelgesellschaft sind also zahlreich vorhanden. Es wurde daher schon erwogen, ob die Nebenleistungs-Gesellschaft tatsächlich als solche bestehe oder ob sie nicht eine verkappte Form der Doppelgesellschaft sei. Geiler hat darauf hingewiesen und Heilbrunn [44]) hat diese Frage näher untersucht. Er nimmt an, daß in allen Fällen, in denen Lieferungsverträge zwischen Syndikat und Mitgliedern bestehen, eine BGB-Gesellschaft zwischen den Mitgliedern existiere, die die eigentliche Trägerin des Kartellgedankens sei. Diese Gesellschaft ist unsichtbar, sie braucht auch nicht ausdrücklich abgeschlossen zu sein.

---

[42]) Geiler S. 420, Isay-Tschierschky S. 94, Hachenburg Exc. § 3 Anm. 1.
[43]) Flechtheim S. 87/88.
[44]) Heilbrunn S. 63 f.

Mit diesem Gedanken läßt er die Nebenleistungs-GmbH in der Doppelgesellschaft aufgehen. Sie ist für ihn auch deshalb entbehrlich, da es mehr oder weniger Zufall sei, in welcher Form das Kartell gegründet werde. Auch bestehe keine wirtschaftliche Notwendigkeit für die selbständige Existenz der Nebenleistungs-GmbH.

Heilbrunn beruft sich auf Flechtheim und Hachenburg, übersieht aber dabei, daß diese Schriftsteller die Verschiedenheit der juristischen Strukturen der beiden Rechtsformen vollkommen anerkennen. In älterer Zeit mag es auch vorgekommen sein, daß ein Kartellvertrag eine andere als die geplante Form erhalten hat. Heute dürfte es bei dem Stand der Kartell-Literatur und Rechtsprechung kaum mehr vorkommen, daß man bei einer Kartellgründung nicht weiß, welche Form man wählt. Was die unsichtbare BGB-Gesellschaft betrifft, kann man sagen, daß in erster Linie der Parteiwille ausschlaggebend ist. Hat man sich für eine Einheits-Gesellschaft entschieden, und ist der Lieferungsvertrag ausdrücklich in dem Statut oder im Anhang erwähnt, so kann man nicht entgegen dem Willen der Gründer eine nebenherlaufende Gesellschaft entstehen lassen. Die Schwierigkeiten in gesellschaftsrechtlicher Beziehung, die sich bei der Doppelgesellschaft infolge Auseinanderfallens von Kartellgesellschaft und Verkaufsstelle ergeben, werden bei der Einheitsgesellschaft vermieden.

Eine wirtschaftliche Notwendigkeit, beide Formen nebeneinander bestehen zu lassen, besteht natürlich nicht. Auch in steuerrechtlicher Beziehung wird kein Unterschied gemacht[45]). Aber eine tatsächlich existierende Rechtsform kann nicht deshalb übersehen oder gar aufgehoben werden, weil die wirtschaftlichen Aufgaben von einer anderen Organisationsform erfüllt werden. Solange keine gesetzliche Aenderung eintritt, ist nicht einzusehen, warum eine bewährte Rechtsform verschwinden soll.

III. Inhalt des Vertrags, Rechte und Pflichten der Mitglieder.

Hat es sich im vorhergehenden Kapitel darum gehandelt, die Kartellpflichten in den Gesellschaftsvertrag zu verlegen, so ist nun die Aufgabe gestellt, diesen Vertragsinhalt inhaltlich und formell näher zu bestimmen.

Die höchst entwickelste Kartellstufe, die der straffen Organisation der Nebenleistungs-GmbH bedarf, ist das Verkaufssyndikat. Die Mitglieder sind verpflichtet, ihre Produktion an die Zentralstelle abzuliefern, die dann den Verkauf besorgt. (Einkaufssyndikate gehören zu den Ausnahmen.) Im Gegensatz zum Syndikat ist beim reinen Kontingentierungskartell das Mitglied in seiner Produktion

[45]) Friedländer, Konzernrecht S. 286.

beschränkt, liefert aber direkt an die Abnehmer. Dieses Lieferungsverhältnis ist Kauf, für den die Bestimmungen des BGB und HGB zur Anwendung kommen. Beim Syndikat liegen aber die rechtlichen Verhältnisse anders . Der Lieferungspflicht des Mitglieds entspricht auf der anderen Seite die Abnahmepflicht und Bezahlung des Syndikats. Die rechtliche Natur dieses Lieferungsverhältnisses ist bei der Nebenleistungs-GmbH wesentlich einfacher als bei der Doppelgesellschaft. Dort standen sich Verkaufsstelle und Mitglieder getrennt gegenüber; daher konnte es auch streitig werden, wie der Lieferungsvertrag rechtlich zu beurteilen war. Es wurde die Ansicht vertreten, das Lieferungsverhältnis sei Kauf oder Kommissionsgeschäft. Flechtheim betrachtet es als Teil des gesamten Gesellschaftsverhältnisses [46]). Für die Einheitsgesellschaft ist die Meinungsverschiedenheit von geringerer Bedeutung, da aus der einheitlichen Natur des Vertrags sich ergeben muß, daß auch das Lieferungsverhältnis ein Teil des Gesellschaftsverhältnisses ist, freilich nur unter der Voraussetzung, daß es nicht ein neben dem Gesellschaftsvertrag herlaufendes schuldrechtliches Verhältnis ist.

Die Lieferungspflicht ist nur dann eine Gesellschaftspflicht, wenn sie vollständig im Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist. Natürlich lassen sich nicht alle Einzelheiten im voraus genau festlegen, man kann sie den Ausführungsverträgen überlassen. Die Satzung darf aber nicht sich mit einer programmatischen Form der Kartellpflichten begnügen, zum mindest müssen alle wesentlichen Rechte und Pflichten in ihr enthalten sein (damit die Mitglieder nicht einem Blankettvertrag ausgeliefert sind.) Das RG vertritt den Standpunkt, daß die Gesellschaftspflichten, wenn sie als solche gelten sollen, wirksam nur im Statut auferlegt werden können [47]). In einem anderen Aufsatz gibt es aber zu, daß sie nicht nach jeder Richtung hin in Art und Maß formuliert werden müssen, sondern daß ein gewisser fester Rahmen genügt [48]). Flechtheim [49]) und Hachenburg [50]) haben dieser Ansicht zugestimmt, letzterer nicht ohne das RG in Einzelheiten zu kritisieren. Sind nun die Pflichten zu ausführlich in Nebenabreden festgelegt, so haben sie, wie auch bei mangelnder gerichtlicher oder notarieller Beurkundung keine gesellschaftsrechtliche Wirkung. Unbenommen bleibt ihnen die schuldrechtliche Wirkung. Ist nun der wesentliche Teil der Kartellverpflichtung außerhalb der Satzung geregelt, so liegt keine einheitliche Nebenleistungs-GmbH vor, sondern eine Doppelgesellschaft, worauf besonders Geiler hinweist [51]). Das RG [52]) hat in mehreren Entscheidungen Gelegenheit gehabt, seine An-

[46]) S. 40.
[47]) RG 79, 335.
[48]) JW 1916, 128.
[49]) S. 277 f.
[50]) Exc. § 3 A. 7.
[51]) A. 388/389. R.Organ. S. 31, ebenso Flechtheim S. 276.
[52]) RG 79, 418; 83, 218; 112, 276.

sicht darzulegen und die herrschende Lehre hat allgemein zugestimmt[53]). Nur Brodmann[54]) macht keinen Unterschied, ob die Lieferungspflicht im Statut oder nebenher bedungen ist.

Trotzdem die herrschende Lehre sich in den Grundzügen einig ist, läßt es sich nicht genau feststellen, wieweit im einzelnen die Lieferungspflicht in der GmbH-Satzung aufgezählt werden muß. Es muß der Auslegung von Fall zu Fall überlassen bleiben, ob sie auch vollständig und genau darin steht, um als Teil der GmbH zu gelten.

Entgegen der herrschenden Lehre vertritt Aschoff als einziger eine andere Meinung[55]). Er zerteilt zunächst das Lieferungsverhältnis in den eigentlichen Kartellvertrag als Vorvertrag und die einzelnen Lieferungen an das Syndikat. Jener fällt unter Gesellschaftsrecht, diese sind einzelne Kaufverträge, auf die die entsprechenden Vorschriften des BGB und HGB anzuwenden sind. In Frage käme u. a. Unmöglichkeit und Verzug beim gegenseitigen Vertrag (§ 325/326 BGB). Der Rücktritt würde innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses zu Verwicklungen Anlaß geben, z. B. das Syndikat will infolge nicht gehöriger Erfüllung vom Vertrage zurücktreten (§ 376 HGB); es ist aber durch den Kartellvorvertrag gebunden. An diesem Punkte hat auch Geiler[56]) seine Kritik angesetzt.

Die gesamte Kartellverpflichtung sieht er als Dauerverpflichtung an, die nicht in einzelne Lieferungsverträge zerlegt werden kann. „Dem ganzen Wesen der Kartellierung wird nur die Auffassung gerecht, die ein einheitliches Gesellschaftsverhältnis annimmt, in das auch das Lieferungsverhältnis eingebettet ist." Ein weiteres Argument, das gegen den Kauf spricht, ist, daß das Syndikat kein Dritter ist, der die Ware kauft (beim reinen Kontingentierungskartell ist es so) sondern ein gesellschaftliches Organ. Die Mitgliedschaft besteht auch nicht darin, mit diesem Organ Vorverträge auf Lieferung abzuschließen, sondern in Erfüllung der Mitgliedschaftspflicht die Produktion abzuliefern.

An der rechtlichen Natur des Lieferungsvertrags als Teil des Gesellschaftsverhältnisses kann auch eine Bezeichnung wie „Kauf und Lieferungsvertrag" nichts ändern. Falsche Bezeichnung ist nach allgemeinen Grundsätzen unschädlich. Wird ein Vertrag in dieser Weise bezeichnet, so kommt es darauf an, in welchem Verhältnis er zum Gesellschaftsvertrag steht. Bei der Einheits-GmbH ist er dann nur die weitere Ausgestaltung des Hauptvertrags. (Vgl. Satzung des Braunkohlen-Brikett-Verbands, angeführt bei Flechtheim S. 188).

Das Lieferungsverhältnis ist nichts weiteres als die rechtliche Einkleidung für das wirtschaftliche Kernstück des Kartellvertrags, die

---

[53]) Isay, Studien S. 32, Friedländer S. 29, Feine S. 130, JW 1913, 744.
[54]) § 3 A. 8 a.
[55]) S. 4 u. 44.
[56]) JW 1930, 2920.

Beteiligungsziffer oder Quote. Sie ist der Anteil an der Produktion, den das Mitglied an das Syndikat zu liefern hat; beim reinen Kontingentierungskartell bedeutet sie nur die Höchstgrenze der Einzelproduktion, die das Mitglied dann direkt an die Kundschaft abführt. Ueber die eigentliche wirtschaftliche Bedeutung äußert sich Flechtheim [57]) folgendermaßen: „Die Beteiligungsziffer ist die Grundlage des ganzen gesellschaftlichen Kartellverhältnisses, der Ausdruck des wirtschaftlichen Wertes der Kartellbindung für das einzelne Kartellmitglied. Die Größe des Absatzes und damit ein wesentlicher Faktor für die Rentabilität des Werkes hängt von der Beteiligungsziffer ab, ebenso der Grad der Einwirkungsmöglichkeit auf die Syndikatspolitik. Denn fast bei allen Kartellen ist das Stimmrecht in der Generalversammlung abgestuft nach der Beteiligungsziffer." Entsprechend der Beteiligungsziffer wird der Geschäftsanteil festgesetzt. Dieser wiederum gibt die Berechtigung zur Abstimmung in der Gesellschaftsversammlung (§ 47 GmbH-Ges.). Eine abweichende Regelung kann im Gesellschaftsvertrag getroffen werden; es braucht nicht unbedingt ein Zusammenhang zwischen Anteil und Quote bestehen [58]). Wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, können die Gesellschafter untereinander Uebertragungen ihrer Quoten oder auch Teile davon vornehmen.

Um das Kernstück gruppiert sich der ganze übrige Kartellvertrag mit seinen Pflichten, wie Geldleistungen, Unterlassungspflichten, Vertragsstrafen usw. Den Pflichten stehen Rechte gegenüber: Der Anspruch auf Abnahme des Kontingents und Bezahlung. Das Recht auf Dividende (§ 29 GmbH-Ges.) ist nicht so wichtig, da das Kartell im allgemeinen keinen eigenen Gewinn hat [59]), es ist ja keine Erwerbsgesellschaft. Die Einnahmen fließen nach Abzug der Unkosten entsprechend dem festgesetzten Kontingent an die Mitglieder. — Nach § 29 Abs. 2 GmbH-Ges. ist jede beliebige Regelung möglich. So kann ein Teil der Einnahmen zurückbehalten werden, um sie für Kartellzwecke zu verwenden, z. B. für Ankauf eines Patentes. Bei der Verteilung ist auch die Berücksichtigung der Stammeinlage möglich, aber nicht notwendig.

IV. Nichtigkeit des Kartellvertrags, Anfechtbarkeit des Beitritts.

a) Die Nichtigkeit bei der Nebenleistungs-GmbH kann entweder durch Nichtigkeitserklärung des Reichswirtschaftsministers oder durch die Reichsregierung (§ 4 Z. 1 KV, § 1 Abs. 1 Kart.NotverO.) erfolgen, oder sie beruht auf einem Mangel, der nach § 75 GmbH-Gesetz berechtigt, die Nichtigkeitsklage zu erheben.

---

[57]) S. 110.
[58]) Hachenberg Exc. § 3 Anm. 4.
[59]) Flechtheim 76.

Die Nichtigkeitsklage löst die Gesellschaft auf. Bei der Nichtigkeitserklärung ist wieder das Problem der Einheit oder Zweiheit des Gesamtvertrags von Bedeutung. Nach der — hier abgelehnten — Ansicht, die KV bezöge sich nur auf die Kartellbindungen, würde durch die Nichtigkeitserklärung auch nur die Bindung getroffen, die GmbH als solche bestände weiter. Auch hier wieder ergibt sich, daß diese Ansicht nicht haltbar ist, denn die Organisation ohne eigentlichen Vertragsinhalt ist zwecklos. Die Schwierigkeiten wie bei der Kündigung gibt es nicht, da die Nichtigkeitserklärung eine Parallelerscheinung zur Nichtigkeitsklage auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts ist. (Callmann S. 357.)

b) Im Anschluß an das Aktienrecht, wo eine Rückforderung der Einlage ausgeschlossen ist, läßt das RG auch bei der GmbH keine Anfechtung des Beitritts infolge Irrtums oder Täuschung zu. Die Gründe dafür sind dieselben: Erhaltung des Stammkapitals zur Sicherung der Gläubiger, Oeffentlichkeit der Eintragung; es sind dieselben Gründe, die dazu führten, eine Kündigung des Gesellschaftverhältnisses auszuschließen. — Wie bei der Kündigung ist auch hier zu beachten, daß die Nebenleistungs-GmbH ihrem Wesen nach etwas völlig anderes ist wie die gewöhnliche GmbH. Das RG [60]) hat aber in der Behandlung der Anfechtungsfrage keinen Unterschied gemacht, ob es sich um eine Kartellgesellschaft handelt oder um eine gewöhnliche GmbH. In der Literatur beschäftigte man sich mit der Frage, ob nicht wenigstens eine Beseitigung der Nebenleistungen durch Anfechtung möglich wäre. Liebmann [61]) hält es für ausgeschlossen, Hachenburg [62]) läßt es zu. Auch Flechtheim [63]) entnimmt aus der individualistischen Natur der Nebenleistungs-GmbH, bei der die Kapitaleinlage doch die Nebensache ist und die persönlichen Pflichten die Hauptleistung, daß man eine Anfechtung der Sonderleistungen gelten lassen kann. Der Geschäftsanteil wird dann wie bei der Kündigung durch Amortisation eingezogen, um die unerwünschte Teilmitgliedschaft ohne Kartellpflichten zu vermeiden. Feine und Brodmann stehen auf demselben Standpunkt [64]). Er ist dem RG unbedingt vorzuziehen, da ja das Stammkapital erhalten bleibt und das Mitglied gegen Betrügereien geschützt wird.

V. Die Wirkung der Kartellkündigung.

Die gesetzliche Grundlage für die Kündigung eines Kartells bietet § 4 Z. 2 und § 8 KV. Die Wirkungen sind die gleichen, der Unterschied der beiden Möglichkeiten liegt in den Voraussetzungen.

[60]) RG 88, 188; 82, 375.
[61]) § 3 A. 8.
[62]) § 3 A. 25 a.
[63]) S. 293; JW 1916, 973.
[64]) Feine S. 347, Brodmann § 3 A. 8.

Nach § 8 kann jeder Beteiligte bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen, für § 4 ist eine Anordnung des Reichswirtschaftsministers erforderlich.

Daß die Kündigung das Gesellschaftsverhältnis des Mitglieds zur GmbH nicht automatisch löst, entspricht dem Rechtsgefüge der GmbH, das auch durch die Normen der KV nicht durchbrochen wird. Wie schon im 1. Abschnitt ausgeführt wurde, stellt die KV ein Rahmengesetz dar, während die Ausführung dem GmbH-Gesetz überlassen bleibt.

Um jedes Auseinanderfallen von Geschäftsanteil und Kartellverpflichtung zu verhindern, faßt Hachenburg Kündigung gleichbedeutend mit Auflösung des Kartells auf. Nur falls es im Statut vorgesehen sei, könne der Geschäftsanteil von der Gesellschaft übernommen oder amortisiert werden, um das Kartell auf diese Weise zu erhalten. — Es ist aber nicht Zweck der KV, einem Mitglied zu gestatten, das ganze Kartell zu sprengen. Die Kündigung sollte doch nur ein Mittel sein, um sich von drückenden Verpflichtungen frei zu machen. (Aus diesem Grunde können auch einzelne Kartellbeschlüsse gekündigt werden.) Es entspricht auch nicht den heutigen Rechtsanschauungen, daß der Einzelne sich auf Kosten höherer Interessen durchsetzt. Der Hinweis auf das Statut genügt nicht, da es sich darum handelt, eine passende Kündigungswirkung kraft Gesetzes zu finden.

Isay [65]) hat den Weg gezeigt, auf dem es möglich ist, der Kündigung ein Ausscheiden aus der Kartellorganisation folgen zu lassen, ohne daß der Bestand der GmbH gefährdet wird. Nach § 34 GmbH-Gesetz kann der Geschäftsanteil amortisiert werden, wenn eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag getroffen ist oder wenn der Gesellschafter zustimmt. Isay nimmt nun an, daß eine solche vertragliche Regelung durch Gesetz, in diesem Fall durch § 8 KV ersetzt werden kann. Der Gesellschafter erwirbt ein Recht auf Auszahlung seines Anteils, das ihm nicht entzogen werden darf, denn nach § 9 Abs. 7 KV darf ihm durch die Kündigung kein Nachteil entstehen. Das Stammkapital darf durch die Amortisation nicht angegriffen werden (§ 30 GmbH-Ges.). Ist die Rückzahlung aus Reserven nicht möglich — was bei einem Syndikat kaum vorkommen wird — so muß sie durch Umlagen der übrigen Gesellschafter aufgebracht werden. Bis das Mitglied endgültig aus der GmbH ausgeschieden ist, vergeht immer einige Zeit, die Kündigung selbst wirkt aber fristlos. Damit nun in der Zwischenzeit die Rumpfmitgliedschaft sich nicht irgendwie ungünstig auswirkt, müssen die mit dem Anteil verbundenen Rechte und Pflichten ruhen. Entstehen bei dem Ausscheiden Schwierigkeiten, z. B. die Gesellschaft zögert mit der Auszahlung, dann ist als letztes Mittel immer noch die Auflösungsklage nach § 61 gegeben.

[65]) S. 264.

Die Lösung von Isay wurde von der herrschenden Lehre wie auch vom RG voll anerkannt[66]). Isay mußte allgemein Anerkennung finden, da hier unter Wahrung der GmbH-Vorschriften die KV-Norm verwirklicht werden konnte. Die, vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, unmögliche Konstruktion der kapitalistischen Rumpfmitgliedschaft wie die Kartellsprengung waren ersetzt durch eine Lösung, die juristisch fehlerlos ist und wirtschaftlich allen Anforderungen genügt. Daß für kurze Zeit die Mitgliedschaft der GmbH ohne Kartellpflicht besteht, ist nicht zu vermeiden, aber praktisch bedeutungslos, da das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte jeden Einfluß des Gesellschafters ausschaltet.

Ein zweiter Weg, dem Gesellschafter einen Austritt zu ermöglichen, wird bei Feine und Flechtheim gezeigt[67]). Durch Satzungsauslegung kommt man zu dem Ergebnis, das Mitglied könne verpflichtet werden, seinen Geschäftsanteil abzutreten, entweder an einen von der Gesellschaft vorgeschlagenen Dritten oder an die Gesellschaft selbst (§§ 15 u. 33 GmbH-Ges.). Die umständliche Amortisation wird auf diese Weise vermieden. Die fehlende Einwilligung kann ebenso wie die Voraussetzungen des § 34 durch § 8 KV ersetzt werden.

Sowohl bei der Einziehung wie auch bei dem Erwerb des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft ist gesetzliche Voraussetzung, daß der Anteil voll einbezahlt ist. Ist das nicht der Fall, dann muß zugleich eine Kapitalherabsetzung (§ 58 GmbH-Ges.) stattfinden, und zwar um so viel als der nicht eingezahlte Teil beträgt. Das RG[68]) legt besonders großen Wert auf die Erhaltung des Stammkapitals, das mangels persönlicher Haftung die einzige Sicherung der Gläubiger ist. Will man die Kapitalherabsetzung vermeiden, so kommt nur Abtretung an Dritte in Frage, die für die rückständige Einlage haftbar sind.

Eine außergewöhnliche Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des RG brachte die Entscheidung 128, 15, die zugleich eine neue, wertvolle Anregung gab für das Ausscheiden aus der GmbH. Es war festgestellt, daß die als Nebenleistung auferlegte Bindung nicht den Vorschriften des § 1 KV entsprach, daß also kein Kartell bestand. Trotzdem wurde eine einseitige Lösung des Mitglieds von der Gesellschaft zugestanden, entgegen dem früheren Standpunkt des RG. Es argumentiert folgendermaßen: Da Nebenleistungen jeder Art auferlegbar sind, ist es praktisch möglich, daß sie auf eine unbeschränkbare Nachschußpflicht hinauslaufen. Eine dauernde Bindung ohne Lösungsmöglichkeit wäre unsittlich. Auch nähert sich der Typ der Nebenleistungsgesellschaft wegen ihrer persönlichen Pflichten dem der OHG; eine Kündigung entspricht unter diesen

[66]) RG 114, 212; 125, 120.
[67]) Feine 359, Flechtheim KartRsch. 1927 S. 60.
[68]) RG 93, 329.

Umständen nur dem Grundsatz von Treu und Glauben. Den Weg, auf dem das Ausscheiden erfolgen kann, sieht das RG in der entsprechenden Anwendung von § 27 GmbH-Ges. Die Preisgabe des Anteils ist ein Schutzmittel gegen eine unbeschränkte Haftung, wie sie in der Form der Nebenleistung möglich ist. Callmann [69]) sieht den Vorteil des Preisgaberechts für das kündigende Kartellmitglied darin, daß es auf eigene Initiative hin das Verfahren in Gang setzen kann, während bei § 34 die Gesellschaft die Einziehung in der Hand hat.

Die herrschende Lehre hat diese Austrittsmöglichkeiten anerkannt; abweichende Meinungen haben alle ihre Nachteile. Friedländer [70]) tritt zwar grundsätzlich für die Einheit des Gesamtvertrags ein, läßt aber bei der Kündigung eine Ausnahme zu, daß nämlich durch die Kündigung die Mitgliedschaft an der GmbH nicht berührt würde. Ein Ausscheiden kann durch Abtretung oder Amortisation erfolgen, wenn diese Möglichkeiten in der Satzung vorgesehen sind, der § 8 KV ersetzt sie nicht. Ist diese Art von Ausscheiden nicht möglich, dann bleibt nichts anderes übrig, als entweder das Kartell im ganzen aufzulösen (§ 61 GmbH-Ges.) oder es fortbestehen zu lassen wie es ist, mit zwei Gruppen von Gesellschaftern, mit und ohne Kartellbindung. — Diese beiden Behelfe wurden oben schon abgelehnt.

Auch die Vorschläge von Roth und Kisselstein sind abzulehnen, beide lehnen sich an Hachenburg an. Roth [71]) will grundsätzlich das Kartell auflösen, die Mitglieder, die nicht gekündigt haben, können sich aufs neue zusammenschließen. Kisselstein [72]) gestattet den Gesellschaftern, die 10% der Anteile haben, die Auflösungsklage; haben sie weniger, so müssen sie ihre Anteile den übrigen Gesellschaftern anbieten. Erwerben diese sie nicht, so ist wieder eine Voraussetzung für § 61 gegeben. — Beide Ansichten haben den Nachteil, daß sie sich zu sehr auf den § 61 stützen. „Das Ziel der Kündigung kann nicht die Auflösung sein" [73]). Es wäre eine zu große soziale Ungerechtigkeit, das Kartell zu sprengen. Es muß immer versucht werden, durch Einziehung, Abtretung oder Preisgabe das Mitglied zu befreien. Geht es auf diesem Wege nicht, dann erst ist als subsidiäres Mittel die Auflösungsklage zu billigen. Der Gesellschafter, der die Klage erhebt, muß aber die erforderlichen 10% des Stammkapitals besitzen. Die KV ersetzt diese Vorschrift nicht, wie Hachenburg und seine Anhänger meinen. Die KV kann, ihrem Wesen als ergänzendes Gesetz nach, eine Satzungsvorschrift ersetzen, sie kann aber nicht das Gesetz durchbrechen. — Die Auflösungsklage muß vor dem ordentlichen Gericht erhoben

[69]) § 8 A. 189.
[70]) S. 112.
[71]) JW 1930, 2685.
[72]) KartRsch. 1928, 274.
[73]) Scholz, GmbH-Rsch. 1931, 253

werden; das Urteil hat konstitutive Wirkung, es löst das Kartell auf. Im Gegensatz hierzu wird die Kündigung nach § 8 KV mit Zugehen der Erklärung an das zuständige Organ wirksam; ein Streitfall, der sich daraus ergeben könnte, wird vom Kartellgericht entschieden, dessen Urteil nur deklaratorische Bedeutung hat.

Die Folge von einer oder mehreren Kündigungen kann sein, daß das Kartell sich auflöst, da ein Fortbestand keinen Wert mehr hat. Es taucht nun die Frage auf, wie im Uebergangsstadium der Liquidation die Gesellschaftsanteile behandelt werden. Das RG hatte eine Einziehung der Anteile nach der Kündigung zugelassen, nachdem die Gesellschaft schon in Liquidation getreten war. Dagegen wandte sich Flechtheim[74]) mit der Begründung, durch die Liquidation seien die Kartellpflichten erloschen, die Gesellschaft bestehe nur noch zur Abwicklung der laufenden Geschäfte weiter, folglich dürften die Mitglieder nicht anders behandelt werden als solche, deren Kartellpflichten durch Kündigung erloschen seien. Eine Einziehung der Anteile der kündigenden Mitglieder sei unstatthaft. Das RG hat sich hierauf zunächst nur unklar ausgesprochen[75]), dann aber eindeutig Stellung genommen[76]). Die Kartellpflichten nach § 3 Abs. 2 entfallen sowohl durch Kündigung wie durch Eintritt in Liquidation. Trotzdem ist Einziehung der Anteile möglich, denn selbst während der Liquidation läßt es sich nicht vermeiden, daß gewisse Gesellschaftspflichten fortdauern, soweit sie eben zur Abwicklung laufender Geschäfte notwendig sind. Würde der Anteil des kündigenden Gesellschafters nicht eingezogen, so gäbe es wieder zwei Arten von Gesellschaftern, was das RG unter allen Umständen vermeiden will. Insoweit ist auch Flechtheim nicht rechtzugeben, daß die Liquidation alle Pflichten nach § 3 Abs. 2 aufhebt. „Zweck und Wesen der Liquidation stehen der Einziehung von Geschäftsanteilen grundsätzlich nicht entgegen," sagt das RG, und die herrschende Lehre vertritt ebenfalls diesen Standpunkt[77]).

VI. Der Ausschluß aus dem Kartell.

Als Gegenstück zur Kündigung stellt sich der Ausschluß eines Gesellschafters dar. Das GmbH-Gesetz kennt einen Ausschluß sowenig wie eine Kündigung. Eine Regelung durch Satzung ist möglich, sogar das Beste, da eine gesetzliche Regelung unbefriedigend bleibt.

Auch die KV bietet keine Handhabe, ein Mitglied aus dem Kartell auszuschließen. Es gibt zwar nach § 4 Abs. 2 ein Kündigungsrecht des Kartells, das jedoch eine Verfügung des Reichswirtschafts-

[74]) KartRsch. 1927, 62.
[75]) RG 125, 120.
[76]) KartRsch. 1931, 704.
[77]) Brodmann § 69 A. 1, Hachenburg § 69 A. 13, Scholz GmbH-Rsch. 1931, 256.

ministers voraussetzt. Praktisch ist damit nicht viel geholfen, wenn lediglich das Verhalten eines Mitglieds der Grund zum Ausschluß ist. Eine entsprechende Vorschrift zu § 8 fehlt.

Es bleibt nichts anderes übrig, als das Kartell aufzulösen und ohne das auszuschließende Mitglied wieder neu zu gründen. Ein Recht auf Aufnahme besteht grundsätzlich nicht, das Mitglied kann sich nicht gegen den Ausschluß auf diese Weise wehren, da Vereinigungen des Privatrechts grundsätzlich frei sind bei der Wahl der Mitglieder [78]).

Ein Ausschluß, der im Statut vorgesehen ist, wird wie die Kündigung behandelt. Der Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Mitglieds wird, wenn er voll einbezahlt ist, amortisiert oder von der Gesellschaft übernommen; ist er nicht voll bezahlt, so gibt es nur Uebernahme durch die Gesellschafter.

VII. Abtretung des Geschäftsanteils.

Eine Uebertragung des Geschäftsanteils zwischen den Mitgliedern kommt nur dann vor, wenn die Kartellbindung durch Kündigung oder Anfechtung erloschen ist, und der Geschäftsanteil auf irgendeine Weise untergebracht werden muß. Eine Aenderung im Bestand der Kartellpflichten kann ohne Uebertragung des Geschäftsanteils erfolgen, durch ganze oder teilweise Abtretung der Quote oder auch, indem ein Mitglied einem anderen eine einzelne Lieferung überläßt.

Die rechtliche Lage ändert sich jedoch, wenn der Geschäftsanteil mit den Kartellpflichten auf einen Dritten übergehen soll. Nach § 15 Abs. 5 GmbH-Ges. kann die Abtretung eines Geschäftsanteils von der Genehmigung abhängig gemacht werden. Für das Kartell ist es unbedingt notwendig, daß nur ein ihm genehmer Gesellschafter eintritt. Falls nun die Genehmigung nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, legt Hachenburg [79]) den Vertrag dahin aus, daß diese Vorschrift auch dann zur Anwendung kommt, wenn es die Art der gesellschaftlichen Verpflichtung im Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck gestattet, wie im Falle der Kartell-GmbH. — Die Nebenleistungen gehen als Teil des Geschäftsanteils mit auf den Erwerber über, für die fälligen Leistungen haftet aber der Veräusserer.

Auch hier wieder erklärt sich die weitgehende Auslegung aus der rechtlichen Natur der Nebenleistungsgesellschaft, die durch ihre persönlichen Verpflichtungen nicht im Stande ist, jeden beliebigen Unternehmer als Mitglied aufzunehmen. Eine gewisse Kontrolle durch Vinkulierung der Anteile ist notwendig.

---

[78]) Ausschluß oder Nichtaufnahme ist keine Sperre nach § 91 KV, Klinger S. 47.

[79]) § 3 A. 41, Exc. A. 8, ebenso Brodmann § 3 A. 8 f.

VIII. Konkurs eines Kartellmitglieds.

Durch den Konkurs eines Gesellschafters wird die GmbH nicht aufgelöst, wenn es nicht im Statut vorgesehen ist.

Bei Konkurseröffnung bleibt der Gesellschafter zunächst Inhaber des Geschäftsanteils, die daraus entstehenden Rechte und Pflichten gehen auf den Konkursverwalter über, soweit sie die Verwaltung und Verfügung des zur Konkursmasse gehörenden Anteils betreffen. Wieweit nun im einzelnen diese Verwaltungsbefugnis geht, ist bestritten.

Es besteht die Ansicht, der § 17 Konk.O. käme nicht zur Anwendung [80]). Das Eintrittsrecht des Konkursverwalters in ein Schuldverhältnis ist eines der wichtigsten Rechte, die zur Abwicklung der laufenden Geschäfte notwendig sind. Der Gesellschaftsvertrag sei jedoch kein gegenseitiger Vertrag, sondern „eine Summe von Rechten und Pflichten, die nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zueinander stehen" [81]). Wohl aber könne der § 17 auf einzelne Lieferungsverträge angewendet werden. Nur Reimer [82]) setzt sich für die allgemeine Anwendbarkeit des § 17 ein, indem er sich mittels Umkehrschluß auf das RG stützt. Das RG hatte in derselben Entscheidung, in der es die selbständige Kündigung von Nebenleistungen ablehnte, auch die Anwendbarkeit von § 17 Konk.O. abgelehnt. In der neueren Entscheidung 128,1 f. ließ das RG die Kündigung auch ohne Berufung auf § 8 KV zu. Reimer glaubt nun, da die frühere Entscheidung hinfällig geworden wäre, könne auch der § 17 angewandt werden.

Da das Eintrittsrecht nur die laufenden Geschäfte wie die Lieferungen betrifft, kann man es dafür zur Anwendung kommen lassen, wie sie Giehler [83]) vorschlägt. Für das Gesellschaftsverhältnis selbst, ist eine andere Regelung notwendig.

Die Tätigkeit des Konkursverwalters besteht darin, den Geschäftsanteil des Gesellschafters zu verwerten. Unter Verwertung ist in erster Linie Veräußerung zu verstehen. Wie bei der rechtsgeschäftlichen Uebertragung taucht die Frage auf, ob die Gesellschaft ihre Genehmigung erteilen muß, oder ob der Anteil frei verwertet werden kann. Bei der gewöhnlichen GmbH nimmt man an, der Verwalter könne ohne Genehmigung der Gesellschaft über den Anteil verfügen [84]). Bei der Kartell-GmbH bestände die Gefahr, daß der Verwalter, wenn er ungehindert ist, den Anteil an eine, dem Kartell unangenehme Persönlichkeit veräußert. Die Nebenleistungen gehen ja mit über, wodurch die Gefahr einer Einflußnahme auf die Kartellpolitik steigt. — Mit Rücksicht darauf wird man, in An-

---

[80]) RG 108, 20; Brodmann § 3 A. 8 e.
[81]) Giehler S. 628.
[82]) S. 426.
[83]) S. 628.
[84]) RG 70, 64; Hachenburg § 15 A. 91.

lehnung an die Uebertragung durch Rechtsgeschäft, auch bei der Veräußerung durch den Konkursverwalter die Genehmigung des Kartells zugestehen müssen. Andrerseits darf die Abhängigkeit von der Genehmigung nicht dazu führen, daß die Gesellschaft jede Veräußerung durch ihr Veto verhindert und damit zum Schaden der Gläubiger den Konkurszweck teilweise unmöglich macht. Reimer nimmt für diesen Fall an, der Konkursverwalter habe einen Anspruch auf Amortisation des Geschäftsanteils; die Kartellpflichten erlöschen, wenn der Anteil nicht mehr besteht, und das Unternehmen des Gemeinschuldners kann frei veräußert werden, da nun eine Kartellverpflichtung nicht mehr besteht. Macht das Kartell auch hierbei Schwierigkeiten, so bleibt nichts übrig, als daß der Verwalter die Auflösungsklage nach § 61 GmbH-Ges. erhebt.

Eine weitere Verwertung sieht Reimer in dem Verkauf des Werkes ohne den GmbH-Anteil. Die Kartellbindung bleibt an dem Betrieb haften, falls er mit der Firma übertragen worden ist. Der Geschäftsanteil kann entweder amortisiert werden, oder vom Verwalter an den Erwerber abgetreten werden. Verweigert das Kartell die Abtretung, so muß man annehmen, die Kartellbindung sei erloschen.

In ähnlicher Weise wie Reimer läßt auch Geiler die Verwertung des Anteils zu. Auch er verlangt Zustimmung des Kartells zur Veräußerung. Lehnt die Gesellschaft ab, so müsse im Interesse der Verwertung der Masse die Kartellbindung erlöschen. Der Geschäftsanteil kann dann amortisiert werden, die Werkanlagen sind zur Verwertung frei [85]).

Auch Brodmann und Tschierschky [86]) kommen zu dem Ergebnis, der Geschäftsanteil müsse amortisiert werden. Die Kartellpflichten will Brodmann nach Konk.O. aussondern, Tschierschky sie als Konkursforderungen anmelden.

Giehler und Hachenburg stehen auf dem Standpunkt, die Verwertung könne ohne Genehmigung des Kartells geschehen. Der Anteil wird entweder mit dem Werk verkauft oder selbständig verwertet. Auch Amortisation ist möglich. Gegen eine Einengung des Konkursverwalters in seiner Tätigkeit schützt der § 8 KV. Konkurs ist an sich noch kein genügender Grund zur Kündigung, wohl aber die Erschwerung der Verwertung des Geschäftsanteils.

Eine freie Verwertung des Anteils ist natürlich für die Gläubiger günstiger, als eine Verwertung, die von der Zustimmung der Gesellschaft notwendig ist. Trotzdem ist im Hinblick auf die Interessen des Kartells die letztere Ansicht vorzuziehen. Damit kein Nachteil für die Masse entsteht, wird man dem Verwalter eine Kündigung zubilligen. Es wird dadurch ein Druck auf das Kartell ausgeübt,

[85]) A. 409.
[86]) Brodmann § 3 A. 8 e; Tschierschky i. Z. f. Konk. u. Tr. 146.

das schließlich den Betrieb aus dem Verband entlassen muß. Diese Regelung hat für beide Parteien ihre Vorzüge: das Werk ist frei verwertbar, und dem Kartell wird kein unerwünschter Gesellschafter aufgedrängt.

IX. Wirkung des Zwangskartellgesetzes auf die GmbH.

Das Zwkg. bringt sowenig wie die KV eine neue Rechtsform. In § 1 Abs. 2 ist auf die KV Bezug genommen, d. h. alles was bei § 1 KV über den rechtlichen Kartellbegriff zu sagen ist, gilt auch hier. Die bisherigen Rechtsformen gelten auch für die Zwangskartelle. Daß diese durch Staatsakt, im einzelnen Fall durch Verfügung entstehen, berührt ihre rechtliche Natur nicht; sie bleiben Körperschaften des Privatrechts und werden nicht solche des öffentlichen Rechts. Für die Rechtsform kommt das einschlägige Gesetz zur Anwendung. Ein Zwangskartell kann also als Nebenleistungs-GmbH errichtet werden. Notwendige Willenserklärungen der Gesellschafter, die im GmbH-Ges. vorgesehen sind, werden durch Verfügungen des Reichswirtschaftsministers ersetzt. So erfolgt bei Neugründung eines Zwangskartells der Zusammenschluß der Mitglieder und der Erlaß der Satzung durch ministerielle Verfügung. Schwieriger gestaltet sich der Zwangsbeischluß zu einem schon bestehenden Kartell. Hier muß entweder das Stammkapital erhöht werden, oder die Mitglieder müssen einen Teil ihrer Einlage abtreten. Für den ersteren Fall ersetzt der Zwangsbeischluß die Uebernahmeerklärung oder die Zulassung der neuen Gesellschafter. (§ 55 I u. II GmbH-Ges.) Auch eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags nach § 53 GmbH-Ges. wird auf diese Art ersetzt. Die wirtschaftlich wichtigste Verfügung wird die Festsetzung der Quoten sein. Da durch den Beischluß neuer Gesellschafter die alten Mitglieder geschädigt werden könnten (durch Veränderung der Quote), bestimmt § 2 Z. 2 Zwkg., daß eine, von der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung abweichende Regelung stattfinden kann. Der Grundsatz der Gleichstellung aller Mitglieder wird hier aufgegeben.

Ausdrücklich außer Kraft gesetzt ist der § 8 KV. Die übrigen Kündigungsmöglichkeiten sind im Zwkg. nicht erwähnt. Müllensiefen [87]) nimmt an, sie wären nicht ausgeschlossen; somit wäre bei der Nebenleistungs-GmbH der § 61 anwendbar. Wenn auch nicht anzunehmen ist, ein Gericht würde einer Auslösungsklage stattgeben, die ein Mitglied erhoben hat, um sich der Zwangsbindung zu entziehen, und auf diese Weise einen Staatsakt vernichten, so wäre es doch besser, es gar nicht auf eine solche Entscheidung ankommen zu lassen.

[87]) S. 124.

Der Zwangsbeischluß oder die Neugründung ist ein Verwaltungsakt, d. h. eine hoheitsrechtliche Willenserklärung des Staates gegenüber dem einzelnen. Die Klageerhebung im Falle der Auflösungsklage ist eine private Willenserklärung. Das Gericht hat nur darüber zu entscheiden, ob aus den Verhältnissen der GmbH heraus eine Auflösung gerechtfertigt ist; die Gründe, die zur Entstehung des Zwangskartells geführt haben, können in der gerichtlichen Entscheidung gar nicht berücksichtigt werden. So wäre im Erfolg eine staatliche Maßnahme durch eine private Willenserklärung aufgehoben. Nach heutiger staats- und verwaltungsrechtlicher Anschauung ist eine solche Umgehung unmöglich. Man wird also die Anwendbarkeit des § 61 ausschließen müssen.

Läge tatsächlich ein wichtiger Grund vor, dann könnte ein Ausscheiden nur auf dieselbe Art wie der Eintritt erfolgen, nämlich wieder durch ministerielle Verfügung.

X. Umwandlung der Kartell-GmbH.

Der Hauptzweck des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften ist die Stärkung des Verantwortungsbewußtseins des Unternehmers durch Beseitigung der Anonymität und der Haftungsbeschränkung. Das Unternehmertum soll sich wieder mehr den Formen zuwenden, die diese Eigenschaften betonen: Der Einzelkaufmann (statt der Ein-Mann-Gesellschaft oder Strohmännern), die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft an Stelle der Kapitalgesellschaften.

Für die Kartell-GmbH ist nun zu berücksichtigen, daß sie im allgemeinen keine Erwerbsgesellschaft ist, sondern eine Förderungsgemeinschaft. Eine Umwandlung in eine OHG kommt nicht in Frage, da deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Man kann sie daher nur in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umwandeln. Da gerade die Nebenleistungs-GmbH wegen ihrer individualistischen Natur und der geringen Bedeutung der Kapitaleinlagepflicht sich dem Aufbau der BGB-Gesellschaft nähert, dürfte die Ueberleitung keine Schwierigkeiten machen. Die Verpflichtungen der Gesellschafter — einerlei, ob sie in der Satzung enthalten sind oder in Nebenbestimmungen — gehen in den Gesellschaftsvertrag über. Die Organisation ändert sich insofern, als an Stelle des Vorstands (im Gesetz: Geschäftsführer) der geschäftsführende Gesellschafter tritt (§ 710 BGB). Eine selbständige Rechtspersönlichkeit wie die GmbH ist zwar nicht notwendig als Kartellform, aber praktischer. Was der BGB-Gesellschaft in ihrem Aufbau fehlt, damit sie dem Kartellzweck gerecht wird, muß durch die Satzung ersetzt werden, z. B. die Geschäftsführung (§ 709) [88]).

[88]) Hachenburg, Umw.G. 236.